Natur und Wirkungen

der Vereinbarung,

dass aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll.

(BGB. § 607 Abs. 2.)

Inaugural-Dissertation

behufs

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristenfalkultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

M. Pegels
Referendar aus Aldekerk.

ACAD. MEDICAT. BIBL.

Cleve
Koch'sche Buchdruckerei H. Stens
1903.

Inhalt.

I.

Einleitung :

§ 1. Das BGB hat zu der Kontroverse über die Natur und Wirkungen unserer Vereinbarung keine Stellung genommen.

II.

Ausführung :

A. Die Natur der Vereinbarung, dass aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll :

a) Die möglichen Construktionen :

1. Die Construktion eines materiellen Darlehns :

§ 2. Es gibt heute keine Verträge mehr, die notwendig Realverträge sein müssen. Die Frage, ob Real- oder Consensualvertrag, ist eine Frage nach dem Abschluss und nicht nach dem Charakter des Vertrages.

§ 3. Das Darlehn wird regelmässig als Realvertrag geschlossen.

§ 4. Stellung des BGB zu der Frage der Natur des Darlehnsvertrages.

§ 5. Mit dem Abschluss des Darlehns als Realvertrag steht unsere Vereinbarung nicht in Widerspruch.

2. Die Konstruktion eines abstrakten Vertrages:
§ 6. Charakteristik der abstrakten Verträge; römisches, gemeines und heutiges Recht.
§ 7. In unserer Vereinbarung kann ein abstrakter Vertrag liegen.
b) Das Verhältnis der neuen Verbindlichkeit zur alten Schuld:
§ 8. Die Novation im römischen, gemeinen und heutigen Recht.
§ 9. Liegt Novation vor:
1. im Falle, dass unsere Vereinbarung einen Darlehnsvertrag enthält?
2. im Falle, dass ein abstrakter Vertrag vorliegt?
B. Die Wirkungen der Vereinbarung:
§ 10. bei Begründung eines materiellen Darlehns;
§ 11. im Falle des abstrakten Schuldvertrages, sei es, dass er novatorisch, sei es, dass er accessorisch wirke.

Litteratur.

Adler: „Realvertrag und Vorvertrag“ in Ihering's Jahrbücher für Dogmatik Band 31.

Arndts Pandekten.

Baron: Gesamtrechtsverhältnisse 1863.

Bähr: Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl.

Bernhöft: Der Besitztitel im römischen Recht.

Blume: Novation.

Brinz: Pandekten 2. Aufl.

kritische Blätter Nro. 1; 1852.

Collatz: zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und der Quittung in Ihering Bd. 40.

Cosack: Lehrbuch des deutsch. bürgerl. Rechts 2. Aufl.

Crome: Grundzüge des französischen Obligationenrechts.

Partiarische Rechtsgeschäfte.

Dankwardt: Aufsatz in Nationalökonomie und Jurisprudenz.

Demelius: Realverträge im heutigen Recht in Ihering Band 3.

Dernburg: Pandekten 6. Aufl. 1900.

Lehrbuch des preussischen Privatrechts 2. Aufl.

bürgerliches Recht 1899.

Eccius-Förster: preussisches Privatrecht 5. Aufl.

Eisele: Aufsatz in Zeitschrift für schweiz. Recht Bd. 25.

Endemann: Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs 6. Aufl.

Engelmann: Das alte und neue bürgerl. Recht.
Fischer-Henle: bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl.
Gneist: die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts 1845.
Göschen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 1843.
Hasenöhrl: das österreichische Obligationenrecht.
Heimbach: die Lehre von dem Creditum. 1849.
Heise: Grundriss des Systems des gemeinen Civilrechts 1807.
Hruza: Novation.
Huschke: die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn.
Keller: Pandekten 2. Aufl. 1866.
Klemperer: Aufsatz in Gruchots Beiträge zur Erläut. des deutschen Rechts Band 43.
Kohler: gesammelte Abhandlungen.
Krahmer: der Darlehnsbegriff des bürgerlichen Gesetzbuchs.
Lenel: Aufsatz in Ihering XIX. Band.
Liebe: die Stipulation und das einfache Versprechen in Gruchot Band 28.
Merkel: der römisch-rechtl. Begriff der Novation.
Motive zum Entwurf des BGB Band II.
Oertmann: Commentar zum BGB.
Planck: Commentar zum BGB.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des BGB Band II.
Puchta: Pandekten 10. Aufl. 1866.
Reinhold: die Natur der sog. Realverträge.

Rocholl: Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Band 1 und 2.

Römer: die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht.

Salkowsky: zur Lehre von der Novation.

v. Salpius: Novation und Delegation nach römischem Recht.

Savigny: das Obligationenrecht 1851.

v. Schey: die Obligationsverhältnisse des österreich. allgemeinen Privatrechts.

Seuffert's Entscheidungen.

Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht 1864.

Sohm: Institutionen. 1898.

Strempel: die iusta causa bei der Tradition.

Storch: der heutige insbesondere landesrechtliche Darlehnvertrag.

Unger: Realcontracte im heutigen Recht in Ihering Band 8 und in Grünhuts Zeitschrift Band XV.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten 6. Aufl. 1863.

Windscheid: Lehrbuch der Pandekten 8. Aufl.

Witte: Recension in „kritische Vierteljahrsschrift" Band 6.

I.

§ 1.

„Wer Geld . . . . . aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass das Geld . . . . . als Darlehn geschuldet werden soll."

In dieser Fassung sagt § 607 Abs. 2 lediglich, dass die Verabredung, aus irgend einem Grunde geschuldetes Geld als Darlehn künftighin zu schulden gültig sein soll.

Die Wirtin, die für den Studenten, der bei ihr wohnt, verschiedentlich kleinere und grössere Ausgaben gehabt hat, wünscht nicht stets von neuem die kleinsten Posten aufführen zu müssen. Sie kommt daher mit ihrem Schuldner überein, und dieser stellt ihr einen Schuldschein aus, dahin lautend, dass er in Höhe der Rechnung ein Darlehn von der Gläubigerin erhalten habe.

Seiner äusseren Form nach liegt hier unstreitig ein Darlehnsvertrag vor; ob aber diesem formellen Darlehnsvertrage auch die materielle Natur eines Darlehnsvertrages zukomme, m. a. W. ob in Wirklichkeit, obschon die äussere Form dafür spricht, durch die Vereinbarung ein Darlehn begründet werde, lässt § 607[2] unentschieden; er erkennt lediglich die Gültigkeit des Vertrages an, ohne seine materielle Natur zu berühren.

Wir ersehen sogar aus den Motiven[1], dass absichtlich ein Wortlaut gewählt ist, der weiter nichts besagen sollte, als dass auf Grund dieser Vereinbarung die ursprüngliche Schuld mit der Darlehnsklage gefordert werden könne, ohne dass der Gläubiger, wenn er zum Beweise der erhaltenen Valuta auf das ursprüngliche Verhältnis zurückzugreifen gezwungen sein sollte, zu befürchten hätte, wegen unzulässiger Änderung des Klagegrundes abgewiesen zu werden. Aber „die Vorschrift bestimmt keineswegs darüber, ob und inwiefern der Schuldner mit Einwendungen aus dem früheren Schuldverhältnisse sich zu schützen vermag. Darüber bestimmen besondere Vorschriften" m. a. W. das hängt von der Natur der Vereinbarung ab.

Ueber die Natur und Tragweite ist man sich aber nicht einig.

Während Fischer-Henle[2] Novation für ausgeschlossen halten, weil das Darlehn Realcontract sei, sagt Endemann[3] nüchtern: „der Vorgang ist als Novation zu denken."

Auch in der zweiten Commission stimmte man, wie wir aus den Protokollen ersehen, in den Ansichten über die Natur der Vereinbarung nicht überein:[4]

Die eine Seite machte geltend, dass man heutzutage jeder Schuld die Eigenschaft einer Darlehnsschuld beilegen könne im Wege der Umgestaltung der früheren Schuld, die von nun an fortbestehen solle, als ob sie

---

1) Motive Band II zu § 454.
2) Commentar zum BGB III. Aufl. zu § 607.
3) a. a. O. § 184 Nro. 6.
4) Protokolle z. E. II: zu § 454.

von Anfang an als Darlehnsschuld begründet wäre; damit sei zugleich sehr häufig im Verkehre die Feststellung des Betrages verbunden, in welchem Falle es sich um das Anerkenntnis eines Schuldverhältnisses handle, das vom abstrakten Schuldversprechen sich nur durch sein Äusseres, nicht durch seinen Inhalt unterscheide.

Die andere Seite stimmte dem zu, meinte aber, dass „die Fälle doch sehr verschieden liegen könnten" und dass es infolge dessen auf den concreten Fall ankomme.

Untersuchen wir daher den Absatz 2 des § 607 auf seine Natur und Tragweite.

II.

A. Die Natur der Vereinbarung.

a. 1: die Construktion eines materiellen Darlehns.

§ 2.

Es liegt wohl am nächsten, der Vereinbarung des § 607[2] die Natur eines materiellen Darlehnsvertrages zuzuschreiben. Diese Ansicht ist auch vielfach vertreten worden.[1] So sagt Windscheid.[2]

„Auch dadurch kann ein Darlehn entstehen, dass einem Schuldner gestattet wird, was er schuldig ist als Darlehn zu behalten."

Doch hat es andererseits auch nicht an gewichtigen

---

[1]) Vangerow Pand. Bd. III. S. 401; Windscheid a. a. O. § 370; v. Salpius S. 325 ff; Salkowsky S. 60 ff; von Schey S. 85 Dernburg Pand. II. S. 231. Engelmann S. 291.

[2]) Pand. § 370.

Stimmen gefehlt,[1] die diese Möglichkeit unbedingt in Abrede gestellt haben und zu dem Ergebnis gekommen sind, dem Bähr mit den Worten Ausdruck leiht: „In ein wirkliches Darlehn kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden, als in irgend eine andere materielle Schuld. Mag daher das Leben mit dem Wort „Darlehen" sich helfen; die Wissenschaft sollte sich mit dem Begriff „Darlehen" nicht täuschen.[2]

Und Hruza meint sogar:[3] „dass durch eine solche cautio (nämlich Darlehnskaution mit fingierter Numeration) ein Darlehn wirklich begründet werde, sollte nicht mehr behauptet werden."

Bei dieser grossen Verschiedenheit in den einzelnen Ansichten wird es sich lohnen auf den Streit näher einzugehen.

Die Gegner der Umwandlung gehen von der Ansicht aus, dass es die Natur des Darlehns als eines Realcontracts sei, welche die Umwandlung in ein materielles Darlehn nicht zulasse; denn nur, wo mein Geld direct oder indirect in das Vermögen des Anderen gelange, könne von einem Darlehn die Rede sein; hier sei aber gerade der Andere von Anfang an Eigentümer der Geldsumme, welche ihm creditiert werden soll und nur auf Grund einer Obligation zur Zahlung derselben an mich verpflichtet.

Die Erörterung über diese Einwendung zerfällt von

---

[1]) vor allem Bähr. S. 210 ff. und Römer S. 8 ff; sodann Brinz Pand. I S. 8. 390 ff; Keller Pand. II § 295; Rocholl II S. 29 und Hruza Novat. S. 88.

[2]) S. 210.

[3]) Nov. S. 88.

selbst in zwei Teile, nämlich in die Frage, ob es im heutigen Recht noch Realverträge gebe, speziell ob das Darlehn noch Realvertrag sei, und im Fall der Bejahung, ob denn die Verwandlung anderer Schulden in ein Darlehn mit dieser Realcontractsnatur unvereinbar sei.

Was ist ein Realcontract? Die Frage führt uns mitten in die Fehde hinein. Im alten Rom war die Beantwortung leicht. Dort bezeichnete man mit dem Namen Realcontract einen Vertrag, bei dem die Hingabe und Annahme einer Sache, die „res" als diejenige causa erschien, die kraft rechtlicher Bestimmung zur formlosen Vereinbarung hinzukommen musste, um die Gültigkeit des Vertrages herbeizuführen.[1]

Dass es im römischen Recht Realcontracte gegeben habe, ist nur ganz vereinzelt[2] bestritten worden. Wir können daher ihre Existenz im römischen Recht, ohne auf die Controverse einzugehen, als zweifellos annehmen.

Wichtiger ist die Frage, ob es im gemeinen Recht noch Realverträge gegeben habe.

Heise[3] Vangerow[4] und andere[5] verneinen die Frage,

---

[1]) Sohm: Instit. § 66 sagt daher kurz und klar: „Realcontracte sind diejenigen Contracte, die auf Grund einer Vermögenshingabe (res) klagbar sind.

[2]) Reinhold a. a. O. S. 31, der zu beweisen sucht, dass es keine Realverträge geben könne und Storch a. a. O. S. 27 ff.

[3]) a. a. O S. 43 ff.

[4]) Pand. III. S. 255: allerdings nur für die Innominatrealcontracte; mit welchem Recht die Folgerung auf diese beschränkt wird, ist nicht ersichtlich. Ebenso Hasenöhrl I. S. 358.

[5]) Keller Pand. I. § 220; Arndts Pand. § 232; Demelius S. 399 ff.; Dankwarth III. S. 63 ff. und Hruza: Novation S. 37 Note 20.

und sie haben Recht, sofern man wie sie, als Grundlage des Realcontracts den Consens auffasst, zu dem die „res“ nur als etwas Äusseres, als Form, um die Klagbarkeit zu begründen, hinzutritt. Gewiss gibt es in diesem Sinne heute keine Realverträge mehr, nachdem das Gewohnheitsrecht alle Verträge klagbar gemacht hat; denn nunmehr bedarf es ja zur Gültigkeit des Vertrages nicht mehr der Hingabe: der blosse Consens genügt, er verpflichtet die Parteien.

Die Vertreter dieser Ansicht knüpfen die Verpflichtungen aus dem Vertrage an die Verabredung zur Hingabe und halten die Klage aus diesem Consensualvertrage für eine Erfüllungsklage, die Leistung geschehe — so sagen sie — solvendi und nicht mehr obligandi causa.

So auch Kohler.[1] Er setzt den Thatbestand voraus, dass der Anleiher das erbetene und zu 6% vereinbarte Darlehn an dem Tage, der für die Auszahlung festgesetzt ist, nicht abholt. Infolge dessen übergibt der Darlehnscreditor die bereitgehaltenen Gelder seinem Banquier, der sie ihm zu 3% verzinst. Der Darleiher fordert nun 3% Zinsen vom Borger, als Differenz zwischen den ihm im Darlehnsvertrag zugesicherten 6 Prozent und den 3 Prozent, die er vom Banquier erhält. Kohler hält die Forderung für begründet und führt aus: „Diese Klage ist keine Schadensersatz- sondern eine Vertragserfüllungsklage. Die Darlehnszusage, wie sie hier vorliegt, ist kein vorbereitendes Paktum, dem erst mit der Auszahlung der Darlehnssumme, der den

---

[1]) gesammelte Abhandlungen S. 44.

Empfänger zur Zinszahlung verpflichtende Realcontract nachfolgt. Eine derartige Auffassung, welche im römischen Recht ihre Berechtigung fand in der beschränkten obligatorischen Kraft der pacta, wäre im modernen Recht, wo durchaus das entgegengesetzte Princip gilt, eine vollkommen verfehlte.“ Zu Unrecht! Eine Folgerung, wie Kohler sie zieht, wäre nur statthaft, wenn die res heutzutage überhaupt keine Bedeutung mehr hätte; bisher ist aber nur dargethan, dass sie bei uns die römische Bedeutung als Ersatz des Formerfordernisses nicht mehr hat. Wenn das römische pactum de contrahendo klagbar geworden ist, so folgt daraus nur, das aus diesem pactum auf Erfüllung geklagt werden kann: auf Erfüllung des Vorvertrages, der den Abschluss des Hauptvertrages zum Inhalt hat. Die Klage aus dem Consensualcontract geht nicht auf das Geben und Nehmen der Sache, sondern es will der Gläubiger mit ihr den Schuldner zum Abschluss des vereinbarten Realvertrags zwingen.

Unter diesen Umständen mit Unger[1] und Hasenöhrl[2] die Frage nach der heutigen Natur der römischen Realverträge als eine nebensächliche hinzustellen und zu behaupten, dass die Unterscheidung zwischen Consensual- und Realverträgen nur noch theoretische Bedeutung habe, geht nicht an. Der Unterschied zeitigt praktische Consequenzen in hohem Masse, die wir noch näher bei der Erörterung der bereits angedeuteten

---

[1]) in Ihering VIII S. 1.

[2]) a. a. O. § 226 Note 36; vgl. auch Demelius in Ihering III S. 397.

Frage, ob das Darlehn heute noch Realvertrag sei, angeben werden.[1]

Wie wir ausgeführt haben, ist der Schluss, der aus dem Klagbarwerden der pacta gezogen wird, falsch. Der Schluss kann nicht dahin gehen: es gibt keine Realverträge mehr, sondern kann nur lauten: die Gründe, welche die Römer für die Existenz von Realverträgen anführen, reichen heute nicht mehr aus.

Man hat daher nach weiteren Gründen gesucht und Brinz[2] hat für das Erfordernis der Hingabe geltend gemacht, dass bei gewissen Verträgen die Verpflichtung des Schuldners dadurch zu Stande komme, dass der Geber die Hingabe mit der Auflage der Rückgabe mache. Die Grundlage des Vertrages sei nicht der Consens, sondern die res. Aber es solle bei dieser Hingabe die Rückgabe ausbedungen werden. Der Geber modifiziere die Hingabe, er gebe unter der Auflage der Rückleistung; die obligatorische Verpflichtung sei folglich nur ein modus der Hingabe.

Dieser Ansicht hat sich auch Windscheid angeschlossen, denn er meint: „der Begriff des Realvertrages ist näher so zu denken: der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist, und damit die Auflage der Verpflichtung an.“[3]

---

1) siehe unten S. 22 u. auch Anm. 2 eod.

2) Brinz Pand. II S. 134 ff. und kr. Bl. Nro. 1 S. 20 ff.

3) Pand. § 312 Anm. 4. Consequent hat er im § 370 das Darlehn also definiert: Ein Darlehn geben heisst: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigentum geben mit der Auflage den empfangenen Wert in gleicher Quantität gleicher

Die Brinz'sche Theorie ist widerlegt durch folgende Gründe: Der modus tritt nach der herrschenden Lehre nur zu unentgeltlichen Zuwendungen hinzu und auch andererseits nur zu solchen, die ihre causale Bestimmtheit schon haben und also durch den modus ihren juristischen Charakter nicht ändern. In unserem Falle würde aber die traditio durch den modus ihren juristischen Charakter erst erhalten und es würde der modus, da die Römer unter res Eigentumsverschaffung verstehen, überhaupt erst entscheiden, ob datio vorliege.[1]

Ferner gesellt sich der modus zu Vermögenshingaben, die als definitive gemeint sind und bei denen ein Rückgängigmachen nur in Frage kommt, wenn der Empfänger dem modus zuwiderhandelt[2], während doch hier die Rückgängigmachung gerade eintritt, wenn er dem modus gemäss handelt.

Wie Windscheid, so schliesst auch Unger[3] sich der Theorie Brinz an. Er engt aber in der Erwägung, dass der modus nur zu liberalen Vermögenszuwendungen hinzutritt, die Theorie dahin ein, dass er nur die Verträge für Realverträge hält, bei denen „dari aliquid necesse est, ut substantiam capiat obligatio," also „ohne das Genommenhaben eine Verpflichtung sich gar nicht denken lässt." (S. 9.) Es besteht keine Verpflichtung zur Annahme, nimmt der Promittent die

---

Sachen zurückzugeben." Diese Definition ergibt gleich, wie unzureichend die Brinz'sche Theorie zur Definition eines Rechtsinstituts ist. Wie unterscheidet sich hiernach das Darlehn vom depositum irregulare, von Barkaution und Vorschüssen aller Art?

[1]) Eisele a. a. O. S. 10.

[2]) eodem.

[3]) in Ihering VIII S. 1 ff.

Sachleistung nicht, so ist er von jeder Verpflichtung frei. Überall also, wo der Promittent nicht die Leistung beliebig ablehnen kann, „wo vor dem Nehmen eine Verpflichtung an sich denkbar und wirklich vorhanden ist," (S. 13) liegt ein Consensualvertrag vor. Dies ist aber nur da nicht der Fall, wo das Geschäft lediglich den Vorteil des Empfängers bezweckt, da „niemand gezwungen werden kann, zu seinem eigenen Vorteil zu handeln." (S. 10.)

Lässt sich nun auch nicht leugnen, dass mit dieser Annahme der Einwendung, der modus trete nur zu liberalen Vermögenszuwendungen hinzu, der Boden entzogen ist, so bleiben die übrigen gegen die Brinz'sche Theorie erhobenen Einwendungen trotzdem bestehen. Daraus erhellt, dass auch mit der Theorie Ungers die Existenz von Realverträgen im heutigen Recht nicht bewiesen werden kann.

Die richtige und heute wohl allgemein herrschende Ansicht geht von res und consensus zugleich aus, die sie als gleichwertig nebeneinander stellt.

Diese Anschauung wurde aufgestellt und auch zuerst begründet von Eisele.[1] Seine Deduktion ist etwa folgende:

Res und consensus sind Bestandteile eines einheitlichen Geschäftes: der Zweck der Vermögensbewegung geht auf die Verpflichtung des Empfängers. In diesen Zweck consentieren beide Parteien. Zur Erreichung dieses Zwecks wird gegeben: Mittel also zur Erreichung des Zwecks ist die res: der Gläubiger will den

---

[1]) a. a. O. S. 3 ff.

Schuldner obligieren, er muss also auch das Mittel zu diesem Zweck, den Eigentumsübergang, wollen. (S. 14.)

Ist nun die Sachleistung Mittel zum Zweck, so kann auch dieser Zweck erst mit der Sachleistung erreicht werden, mithin kann nur da ein Realvertrag vorliegen, wo die Verpflichtung erst mit der Hingabe zu Stande kommt.

Nun ist gegenüber Eisele aber wohl zu bemerken, dass dies Erforderniss der res zur Perfektion des Vertrages nicht kraft Naturnotwendigkeit zum Consens hinzutritt, sondern nur kraft besonderer legislativer Vorschrift oder des Parteiwillens; denn eine rechtliche Unmöglichkeit mich vor der Hingabe zur Rückgabe zu verpflichten, existiert nicht. Wenn auch Rückgabe vor der Hingabe unmöglich ist, so kann ich, wie Demelius[1] mit Recht geltend macht, mich doch zur Rückgabe bereits vor der Hingabe der Sache verpflichten.

Wir sind zum Schluss gekommen und das Resultat lautet also:

Nachdem alle pacta klagbar geworden sind, gibt es keine Verträge mehr, die begrifflich res zu ihrer Perfektion voraussetzen. Die Frage, ob ein Vertrag Real- oder Consensualvertrag sei, ist heute keine Frage mehr nach dem Charakter, sondern nach dem Abschluss des Vertrages und, greifen nicht concrete Gesetzesbestimmungen ein, so liegt heutzutage einzig und allein da ein Realvertrag vor, wo nach der Verkehrsanschauung oder dem Wortlaute des Vertrages der Wille der Parteien dahin geht, dass sie vor der Hingabe nicht gebunden sein wollen.

[1]) in Ihering III S. 399

Ob nun im concreten Falle dieser Wille vorliegt, ist, wenn ein anderer Massstab fehlt, Frage der Auslegung.[1]

Es entscheidet mithin lediglich die concrete Sachlage, ob ein Vertrag als Consensual- oder Realvertrag abgeschlossen ist. Selbst die Verträge, die seit jeher als Consensualverträge gelten, können auch als Realverträge abgeschlossen werden und werden tatsächlich als solche abgeschlossen, wenn die Beteiligten erst durch die Sachleistung gebunden sein wollen. Damit ist jedoch dem Consensualcharakter solcher Verträge nichts genommen, da nicht bezweifelt wird, dass sie in der überwiegenden Mehrzahl als Consensualverträge abgeschlossen werden und nach der Verkehrsanschauung dies stets der Fall ist, solange nicht aus dem Vertragsabschlusse bestimmt der Wille der Parteien erhellt, dass eine Bindung des Schuldners nur durch die Leistung des Gläubigers erfolgen soll.

Andererseits gibt es gewisse Verträge, die überwiegend, ja man kann sagen regelmässig, als Realcontracte abgeschlossen werden.

§ 3.

Wiederholen wir nun den zweiten Teil unserer ersten Frage: Ist das Darlehn ein Realvertrag? so sehen wir gleich, dass die Frage in dieser Form nicht mehr gestellt werden kann, vielmehr muss gefragt werden, gehört zu den Verträgen, die regelmässig als Realvertrag abgeschlossen werden, das Darlehn?

[1]) In diesem Ergebniss stimmen wir überein mit Dernburg pr. Privatr. II § 133 Nro. 11; Windscheid § 312; Cosack S. 502; Klemperer S. 576 und Crome partiarische Rechtsgesch. § 53.

Kohler[1] hält das Darlehn stets dann für einen Realvertrag, wenn keine besondere Vereinbarung der Parteien vorausgeht. Darin stimmen wir mit ihm überein und können die Ansicht von Demelius[2] nicht als die richtige anerkennen, wenn er auch in diesem Falle das Darlehn deshalb für einen Realvertrag hält, weil auch hier die Hingabe ausschliesslich Erfüllung sei und zwar Erfüllung einer Schuld, die nach dem Vertragswillen „in demselben Augenblick" übernommen und gelöst werde.[3] Wir sind vielmehr der Ansicht, dass hier gemäss des Parteiwillens die Bindung des Schuldners erst mit der Übergabe der Sache erfolgen soll.

Es geht mich jemand um ein Darlehn von 100 an. Ich greife in meine Tasche, zähle das Geld bereits in meinen Händen ab und bin im Begriff, es dem Borger auf den Tisch zu legen, besinne mich aber und ziehe meine Hand zurück. Hat hier der Borger eine Klage auf Hingabe des Darlehns? Sicherlich nicht, und doch ging mein Wille erkennbar dahin, das Darlehn dem Borger auszuzahlen. Nach der Verkehrsanschauung wollen eben die Parteien bei einem solchen

---

[1]) Kohler a. a. O. S. 47; ebenso Windscheid § 371 Anm. 6.

[2]) a. a. O. S. 401 und 403.

[3]) Eisele (S. 9 ff) glaubt dieser Ausführung von Demelius entgegenhalten zu können, dass eine Verbindlichkeit, die in demselben Augenblick übernommen und gelöst werde „folglich auch keinen Augenblick bestanden" habe, keine Verbindlichkeit sei. Zu Unrecht! Gewiss liegt hier eine Verbindlichkeit vor und mag der Augenblick noch so klein sein, denn stets muss notwendig der Wille sich zu binden der Hingabe vorausgehen. Ob diese Bindung nun der Hingabe einen Zeitraum vorausgeht, den man gewöhnlich einen Augenblick nennt, oder 1 Jahr, ist gleichgiltig.

Abschluss des Vertrages erst durch die Hingabe gebunden sein.

Geht nun aber Kohler in der oben angeführten Stelle weiter und will das Darlehn stets dann für einen Consensualcontract ansehen, wenn eine Vereinbarung vorausgeht, so ist dem allerdings nicht unbedingt beizustimmen. Nach unserer Ansicht ist vielmehr zu unterscheiden, ob der Verpflichtung zum Geben auch eine Verpflichtung zum Nehmen gegenübersteht. Ist dies nicht der Fall, so liegt ein Realcontract vor. Steht dagegen der Verpflichtung des Creditors zum Geben, die des Borgers zum Nehmen gegenüber, so ist ein Consensualvertrag anzunehmen, denn in solchen Fällen soll nach der Absicht der Parteien jetzt sofort ein Darlehn entstehen.[1]

§ 4.

Das BGB hat in den Streit über die heutige Natur der römischen Realcontracte im allgemeinen[2] nicht ein-

---

[1]) Im Resultat ebenso Windscheid § 371 Anm 6.

[2]) Ziemlich offen hat es sich nur beim Verwahrungsvertrag auf den Realcontractsstandpunkt gestellt. Nicht allein durch die Bestimmung, dass durch den Verwahrungsvertrag der Verwahrer verpflichtet wird, eine ihm „übergebene" Sache zu verwahren, sondern vor allem dadurch, dass es im § 696 dem Verwahrer das Recht gibt, jederzeit die Sache dem Hinterleger zurückzugeben. Der Verwahrer würde mithin auch ihre Annahme verweigern können. Und nach § 695 wird durch die vorhergehende Vereinbarung auch der Hinterleger nicht gebunden, denn auch er kann stets und in jedem Augenblick die Sache zurückfordern, braucht sie also auch überhaupt nicht zu übergeben, denn es hat doch wohl keinen Zweck hier eine Verpflichtung zur Uebergabe zu substituieren, unbeschadet des Rechtes sofortiger Zurücknahme.

gegriffen und auch nicht eingreifen wollen. Zumal hat es keinen Anhalt für die Ansicht gegeben, das Darlehn sei Consensualcontract; vertritt andererseits aber auch nicht den entgegengesetzten Standpunkt. Unzweifelhaft stehen ausweislich der Motive[1] die Verfasser des Entwurfs auf dem Boden des Realcontracts: Es wird geltend gemacht, dass die Hervorhebung der Natur des Darlehnsvertrages als eines Consensualvertrages zu falschen Ansichten Anlass geben könne, so z. B. dass aus dem Vertrage, welcher der Darleihung vorausgegangen, auf Rückerstattung geklagt werden könne, ohne dass die Behauptung der Darleihung nötig sei. Ferner könne der Gläubiger, wenn der Schuldner auf Auszahlung des versprochenen Darlehns klage, die Einrede der Compensation geltend machen, mit der Wirkung, dass gegen den Willen des Schuldners seine bisherige Schuld sich in eine Darlehnsschuld umwandle.[2]

§ 607[1] knüpfte zwar die Rückgabepflicht an die Hingabe, aber damit, und das betont auch Krahmer (S. 40), knüpft er noch nicht alle Folgen an die Hingabe; so ist vor allem nicht ersichtlich, ob die Klage auf Zinsentrichtung zu ihrer Begründung der Behauptung der Hingabe bedarf.

---

[1] Motive Bd. II S. 503.

[2]) Die Reihe der angegebenen Consequenzen, die der Unterschied in der Auffassung des Darlehns als eines Real- oder Consensualcontracts zeitigt, lässt sich beliebig vermehren. Ist das Darlehn Consensualcontract, so ist der Schuldner befugt, seine Rechte aus dem Vertrage zu cedieren, Ebenso ist der Erfüllungsort gemäss § 269 BGB verschieden, wenn der Schuldner zwischen der Verabredung und der Hingabe seinen Wohnsitz verändert. (vgl. auch Krahmer S. 10.)

Äussert sich mithin das BGB nicht zu dem Streit über die heutige Natur der römischen Realcontracte, so bleibt die bisherige, schon früher dargelegte Ansicht auch heute noch massgebend, dass „jedes Geschäft den Charakter eines Realvertrages annehmen kann, sofern sich die Beteiligten erst mit dem Geben und Nehmen verpflichten wollen,“[1] und dass weiterhin das Darlehn in der grössten Anzahl der concreten Fälle als Realvertrag geschlossen wird. So sagt denn auch Cosack,[2] dass das Darlehn „regelmässig“ als Realvertrag geschlossen werde, und Dernburg,[3] Endemann,[4] Engelmann[5] nennen das Darlehn teils „den Realvertrag“, teils sagen sie „das Darlehn ist Realvertrag“.

§ 5.

Niemand wird bezweifeln, dass durch die Verabredung des § 607[2] ein materielles und nicht bloss ein formelles Darlehn entsteht, wenn wir der Ansicht sind, dass hier ein Fall des consensualen Darlehnsabschlusses vorliege. So viele Schwierigkeiten auch durch diese Auffassung umgangen würden: wir müssen sie ablehnen; denn für uns geht im Gegensatz zu Krahmer, der diese Bestimmung der Realcontractsnatur des Darlehns das Todesurteil sprechen lässt, aus der Vereinbarung des § 607[2] in bestimmter Weise der Wille der Parteien hervor, nur wenn und soweit bisher eine

---

[1]) Dernburg: pr. Privatrecht II § 133 Nro. 11.
[2]) a. a. O. II S. 502.
[3]) BGB II § 234 I.
[4]) a. a. O. § 184.
[5]) a. a. O. S. 291 vgl. auch Crome part. Rechtsgesch. § 53.

Schuld bestand, gebunden sein zu wollen, und nur insoweit ein Darlehn zu begründen.

Gegen diese Ansicht führt man ins Feld :[1] Die Natur des Darlehns erfordert — sofern es als Realcontract gedacht ist — Hingabe in das Eigentum des Schuldners. Diese Hingabe liegt hier nicht vor, mithin ist vollkommen ausgeschlossen, dass die Vereinbarung ein materielles Darlehn begründet.

Das BGB entscheidet diese Einwendung nicht. Es sagt nicht (wie bereits S. 8 und 9 auseinandergesetzt ist), dass infolge der Vereinbarung ein Darlehn entstehe, sondern nur, dass die Vereinbarung gültig sei. Wir wollen im folgenden zeigen, dass die Vereinbarung auch die zum Abschluss des Darlehns regelmässig erforderliche res in sich enthält.

Die Römer verstanden unter res Eigentumsverschaffung. Zunächst wurde unmittelbarer Übergang aus dem Eigentum des Gebers in das des Nehmers verlangt. Schon bald aber war der res Genüge getan, wenn der Empfänger nicht direct, sondern durch Ersitzung[2] oder bona—fide-Verbrauch Eigentümer wurde.

Auch für den Fall, dass der um ein Darlehn Angegangene dem Darlehnssucher eine Sache zum Verkauf übergab mit der Verabredung, den Erlös als Darlehn zu behalten, entstand ein wirkliches Darlehn.[3]

---

[1]) Römer S. 8 ff; Bähr S. 210; Brinz Pand. I S. 390 ff; Keller P. II § 295, Rocholl II S. 298 und Hruza S. 88.

[2]) l. 15 § 1 D. 12, 6; l. 60 D. 46, 3.

[3]) l. 11 pr. D. 12, 1; so auch l. 34 pr. D. 17, 1 und l. 8 C. 4, 2.

Dabei blieb man noch nicht stehen: man gestattete die Hingabe an einen Dritten (l. 9 § 8 D 12, 1) und durch einen Dritten auf Geheiss des wahren Darleihers (l. 2 § 4 D 12, 1 und l. 9 § 8 h. t.), gestattete ferner den contractus mohatrae d. h. den Verkauf eines beliebigen Gegenstandes auf Credit und sofortigem Rückkauf desselben um einen geringeren bar bezahlten Preis.

Zuletzt kam auch unsere Vereinbarung an die Reihe. Der Verkehr zeitigte die Verabredung, bisherige Schulden künftig als Darlehn zu schulden. Man zauderte nicht eine solche Verwandlung für eine Schuld ex deposito zuzulassen, indem man hier der res die Eigentumsverschaffung durch brevi manu traditio gleichstellte, galt doch auch hier das Charakteristikum: nummi, qui mei erant, tui facti sunt.[2] Dem Depositar wurde gestattet das in seinem Verwahr befindliche Geld — sofern eine Mischung mit eigenem Gelde nicht eingetreten — als Darlehn zu behalten[3]. Doch hegte man Zweifel bezüglich anderer Schulden, bei denen von brevi manu traditio nicht die Rede sein konnte. So hat Afrikan noch entschieden diese Möglichkeit geleugnet: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri

---

[1]) l. 34 pr. D. 17, 1 mandati.

[2]) l. 9 § 9 D 12, 1. Ebenso die Stelle zu 1. Die Beurteilung dieser Fälle macht auch heute keine Not, da BGB § 929 Abs. 2 brevi manu traditio der Uebergabe von Hand zu Hand gleichstellt. Es wird daher bei unserer Darlegung von diesem Falle, der ja unter § 607[2] auch fällt, abgesehen.

[3]) l. 34 pr. D. 17, 1.

posse[1], während 2 Menschenalter nach ihm Ulpian sie ohne weiteres in l. 15 D 12, 1 zugibt[2].

Unrichtig ist die Ansicht, dass der Mandatar die eingezogenen Gelder abgesondert von seinem eigenen Vermögen in Verwahr habe, so dass also in Wirklichkeit der Mandant Eigentümer sei.[3] Ulpian kann daran gar nicht gedacht haben, denn dann hätte es ja der Bezeichnung des Falles als Singularität gar nicht bedurft weil für den Fall brevi manu traditio vorläge.

Überhaupt spricht Ulpian von Mandatsschulden doch nur, um sie als Beispiel anzuführen und nicht um die Möglichkeit der Verwandlung auf die Fälle zu beschränken, in denen der Schuldner effective Geldstücke auf Kosten des Darleihers erworben hat. Das meint nämlich Römer.[4] Demgegenüber bemerken wir folgendes: Eigentum hat sowohl der Mandatar auf Kosten des Mandanten durch die Einziehung des Geldes erworben, als auch der Käufer auf Kosten des Verkäufers durch die Übergabe der verkauften Sache. Aus dem Umstande, dass dort effective Geldstücke, hier ein anderer Gegenstand erworben ist, einen Unterschied für die Begründung des Darlehns herleiten, heisst willkürlich und der Natur der Sache entgegenhandeln und findet eine directe Widerlegung

[1]) l. 34 pr. D. 17, 1.

[2]) Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

[3]) Göschen, Vorlesungen II § 474 Note 8.

[4]) a. a. O. S. 8 ff. und mit ihm die bereits angeführten Schriftsteller.

durch Ulpian selbst in l. 3 § 3 de S. C. Macédoniano (14,6), wo klar gesagt wird, dass j e d e Contractsschuld in der Art sich in eine Darlehnsschuld verwandeln lasse, dass man die Schuld als Darlehn beim Schuldner stehen lässt[1].

Mithin ergibt sich für das gemeine Recht die Möglichkeit der Umwandlung jeder Schuld in eine materielle Darlehnsschuld.

Von einem Scheingeschäft[2] lässt sich hier nicht reden. Zwar liegt eine Fiktion vor, aber dadurch wird das Darlehn doch kein fictives: der Eigentumsübergang wird fingiert durch Zerlegung des ganzen Vorganges in 2 Teile so, dass zunächst Zahlung des Schuldners angenommen wird und darauf Hingabe des Darlehns durch den Gläubiger. So sagt auch Ulpian: „videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta." Ist denn aber diese Fiction des Hin- und Herzahlens eine so aussergewöhnliche? Liegt nicht der Kompensation derselbe Vorgang zu Grunde? Wenn X und Y übereinkommen, ihre Forderungen von je 100 zu kompensieren, so muss doch auch hier der Vorgang angesehen werden, als wenn zunächst X dem Y die 100 gezahlt und dann ebenfalls von diesem 100 zurückerhalten habe. Das Gesetz erlässt ihnen dies unnütze Hin- und Herzahlen.

Und zu welchem Ergebnis gelangen wir, wenn wir den in l 15 von Ulpian abstrakt dargelegten Vorgang auf einen concreten Fall anwenden? Z fordert

[1]) im Resultat ebenso Salkowsky S. 60; Salpius S. 325 ff; Vangerow S. 401; Arndts § 280 Anm. 3.

[2]) wie z. B. Römer S. 11 meint.

von X Bezahlung einer Schuld von 100. X ist dazu aus eigenen Mitteln nicht im Stande und wendet sich an Y. Dieser sagt ihm ein Darlehn von 100 zu, und da X ja doch nur das Darlehn zur Bezahlung des Z benötigt, so bittet er Y die 100 in seinem — des X — Namen gleich an Z zu zahlen. Y tut dies.

Unstreitig ist Y Darlehnsgläubiger des X geworden.

Und nun fallen Y und Z, statt 2 Personen zu bilden, in ein und dieselbe Person zusammen. Darum wird der Fall doch kein anderer! Soll es denn hier nicht gerechtfertigt sein, ebenfalls ein Darlehn entstehen zu lassen? Die Jurisprudenz müsste sich sehr weit „von des Lebens grüner Weide“ (Crome) entfernt haben, wollte sie im ersteren Falle ein Darlehn annehmen, es aber im letzteren Falle leugnen.

Aus diesem Resultat, im Verein mit unseren früheren Ergebnissen, dass

1. für das gemeine Recht die Möglichkeit der Umwandlung aller Schulden in ein Darlehn besteht, (S. 27.)

2. Das BGB sich zu dieser Frage nicht äussert (S. 24), mithin die gemeinrechtliche Lehre massgebend bleibt, ergibt sich der Schluss:

Die Verwandlung bestehender Schulden in ein materielles Darlehn ist nach dem Recht des BGB nicht allein möglich, sondern auch gerechtfertigt und steht mit der Realnatur des Darlehns in keinem Widerspruch.

a. 2.

Die Konstruktion eines abstrakten Vertrages.

Kann nun die Vereinbarung unseres Themas auch einen materiellen Darlehnsvertrag enthalten, so besteht doch keine Naturnotwendigkeit, dass durch sie gerade ein Darlehn begründet werden muss.

Vielmehr geht in vielen Fällen die Absicht der Beteiligten auf die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit durch ein Anerkenntnis der alten Schuld oder durch ein selbständiges Schuldversprechen.

Nun scheint aber eine abstrakte Schuld in diesem Falle ein Unding, eine Unmöglichkeit zu sein. Die Parteien vereinbaren als Darlehn zu schulden und trotzdem soll die Schuld abstrakt sein! Das Bedenken wird schnell durch die Erwägung beseitigt, dass „das Darlehn zu allen Zeiten die Tendenz gehabt hat, sich zu abstrakten Formalobligationen umzubilden, besonders da nirgends die Schuld so wenig Einflüssen aus dem Akte ihres Ursprungs unterliegt, als gerade beim Darlehn. Von den übrigen Verträgen ist es schon durch seine ausschliessliche oder doch überwiegende Richtung auf Geld, das flüssigste Verkehrsobject, unterschieden. Diese Eigentümlichkeiten machen es besonders geeignet, Forderungsrechte zu selbständigen Vermögensobjecten zu gestalten und die Lostrennung derselben aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange zu vermitteln."[1] Daher sagt auch Bähr:[2]

---

[1]) von Salpius Novation S. 327.

[2]) Anerkennung S. 275/276.

„Das Charakteristische jenes Rechtsgeschäfts (nämlich unserer Vereinbarung) besteht darin, dass hier eine abstrakte Geldschuld geschaffen wird, für welche das Wort „Darlehn“ nur den Namen hergibt. . . . . Auf diese Weise gewinnt der Darlehnsschein. . . . . die Bedeutung eines reinen Schuldscheins. Indem er nicht auf eine wirkliche, sondern fingierte Barzahlung Bezug nimmt, hinter welche sich die wahre causa versteckt, identifiziert er sich der Sache nach mit der cautio indiscreta.“

Es empfiehlt sich, den abstrakten Verträgen eine kurze Erörterung zu widmen.

§ 6.

Das Wesen des abstrakten Vertrages besteht in der Loslösung von seinem materiellen Grunde. Dieser materielle Rechtsgrund ist aber die „zu objectiver Realität“ (Bähr) gelangte Absicht der Parteien. Es genügt nicht, dass die Parteien mit ihrer Handlung einen Zweck verbunden haben — ohne Beziehung auf den Zweck kann der Wille keinen Anspruch auf rechtliche Berücksichtigung machen — sondern sie müssen auf diesen Zweck als Grund ihrer Handlung auch Bezug nehmen, um die nötige Bestimmtheit herzustellen.

Möglich ist aber auch, dass der psychologisch niemals fehlende Bestimmungsgrund in der Willenserklärung keinen Ausdruck gefunden hat. In diesem Falle tritt dann die Erklärung abstrakt auf und es muss, damit sie in solcher Form rechtlichen Bestand haben kann, als Ersatz des verschwiegenen materiellen Grundes

ein juristischer — zumeist ein formeller — Rechtsgrund eintreten.

Die Eigenartigkeit und rechtliche Construktion der abstrakten Schuldverträge zeigt am besten ein Vergleich mit den dinglichen Verträgen, z. B. der Eigentumsübertragung.

Auch bei der Eigentumsübertragung kann der Bestimmungsgrund nicht fehlen, aber damit ist es auch genug: weil ich Eigentum übertragen will, ist mit der Tradition Eigentumsübergang verbunden.[1]

Grund, weshalb ich das Eigentum übertragen will, ist vorerst völlig nebensächlich und selbst wenn die Parteien darin dissentieren, geht das Eigentum doch

---

[1]) Für das römische Recht gilt nach Julian (l. 36 pr. D, 41, 1) die Uebereinstimmung der Parteien in den Gründen zur Uebergabe als ein wesentlicher Bestandteil des Vertrages, während Ulpian (l. 18 D 12, 1) diese Uebereinstimmung für völlig gleichgültig hält, mithin auch Eigentumsübergang annimmt, wenn der Eine schenken will, der Andere dagegen ein Darlehn zu erhalten glaubt. Auf Grund der ersteren Stelle wurde gemeinrechtlich vielfach die Abstraktheit des dinglichen Vertrages, wenn er zur Erfüllung einer vorhergehenden Zusage (Kauf, Schenkung) diente, geleugnet. Demgegenüber lehrt seit Savigny (Obligationenrecht II S. 257 ff.) die herrschende Meinung, dass der übereinstimmende Wille der Parteien, es solle Eigentum übergehen, ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegende causa, zur Gültigkeit des Vertrages genüge. (siehe zu dieser Frage: Strempel: die iusta causa bei der Tradition; Bernhöft: der Besitztitel im römischen Recht S. 57 ff, wo S. 87 ff. auch die alten Ansichten auseinandergesetzt sind, sowie Liebe in Erläuterungen des deutschen Rechts Bd. 28 S. 547 ff.) Für das BGB sind die §§ 873 und 929 grundlegend, zufolge deren es zur Wirksamkeit dinglicher Verträge eines gültigen Verpflichtungsgrundes zum Uebergang des Eigentumes nicht bedarf.

über. Will ich z. B. einem Anderen ein Darlehn von 100 geben, jener aber ist der Ansicht, es sei ein Geschenk, so hindert dieser Dissens keineswegs den Effect, den Übergang des Eigentums.[1]

Anders beim Schuldversprechen. Analog müsste hier der Satz gelten: weil ich dir 100 verspreche und auch 100 versprechen will, wird durch dies Versprechen dein Vermögen um so viel vermehrt. Aber das ist nicht der Fall. Das Versprechen wird regelmässig nur gültig unter Angabe des Grundes: es muss die objective causa angeben: ich verspreche dir 100 für das gestern gekaufte Pferd zu zahlen.

Davon getrennt gibt es aber doch Fälle, wo es dringendes Erfordernis ist, das iuris vinculum soweit zu lösen, dass die Verpflichtung an und für sich Selbständigkeit erlangen soll unter Verschweigen des Schuldgrundes, das Schuldversprechen mithin seine Verpflichtungskraft nicht aus dem materiellen Verpflichtungsgrunde, sondern aus dem reinen Verpflichtungswillen des Schuldners schöpfen soll. Die so entstehende Verpflichtung gewährt den Parteien den Vorteil, dass sie sich leicht und wirksam beweisen lässt und daher sich vorzüglich als Einkleideform jedes beliebigen Vertrages eignet.

Im römischen Recht dienten der Begründung abstrakter Verträge der Litteralcontract und die Stipulation. Der Litteralcontract veraltete und je mehr er ausser Gebrauch kam, desto grösser wurde die Bedeutung der Stipulation.

---

[1]) Wenn ich auch mein Eigentum zurückerlangen kann vermittels der condictio durch die Darlegung, dass der vollzogene Eigentumsübergang grundlos erfolgt ist.

Ueber die Stipulation wurde in der Regel eine Urkunde (cautio) aufgenommen. Es ist naturgemäss, dass nach und nach auf diese cautio mehr Gewicht gelegt wurde, als auf das mündliche Versprechen. Weil die Urkunde daher so wichtig war nahm man die causa gewöhnlich in die Urkunde auf. So wurden 2 Arten von Urkunden unterschieden: Die Urkunde, die auf den materiellen Schuldgrund ausdrücklich Bezug nahm, (cautio discreta oder quae discrete loquitur) und die cautio indiscreta, welche die zu Grunde liegende causa mit keinem Wort erwähnte.

Für das gemeine Recht wurde auf Grund der l. 25 D. de prob. et praes. 22, 3 die Behauptung aufgestellt,[1] dass die abstrakte Natur der Stipulation im Justinianeischen Recht verloren gegangen und also einer Stipulationsurkunde, welche die causa nicht in sich aufgenommen habe, ohne Wirkung sei; der Promittent brauche sie nur zu bestreiten, um dem Stipulanten den Beweis des debiti aufzuerlegen.

Mit dieser Lehre hat zuerst Bähr[2] gebrochen. Er wies darauf hin, dass in der Stipulationsurkunde nicht ein einseitiger Akt zu erblicken sei, sondern dass durch die Annahme des vom Schuldner ausgestellten Scheins ein Vertrag zu Stande komme, kraft dessen der Schuldner die bestehende Schuld in verpflichtender Absicht anerkenne und der Gläubiger dies Anerkenntnis annehme. Daher komme auch der in solcher Weise aus-

---

[1]) Puchta: Pand. § 257; Sintenis: gemeines Civilrecht II § 96 Anm. 3. Gneist: Formalcontracte S. 125 ff; Heimbach: die Lehre vom Creditum.

[2]) in: Anerkennung als Verpflichtungsgrund.

gestellten causalen Urkunde mehr Gewicht zu als das eines Beweismittels; vor allem aber sei die abstrakte Urkunde vollgültig und ebenso wie ihre Schwester nur durch den Nachweis des fehlenden Verpflichtungswillens zu entkräften.[1]

Das BGB hat der Ansicht von der verpflichtenden Kraft abstrakter Verträge zum Siege verholfen. Es erkennt in den §§ 780—782 den reinen selbständigen Schuldvertrag als rechtsverbindlich an. Es kennt zwei Arten solcher Schuldverträge: das Schuldversprechen (§ 780), durch welches eine Schuld selbständig begründet wird und das Schuldanerkenntnis (§ 781), durch das eine bestehende Schuld in verpflichtender Absicht anerkannt werden kann. Beide Verträge unterscheiden sich nur ihrer Form, nicht aber ihrem Wesen nach, sodass ein Schuldversprechen sich ohne Änderung seiner rechtlichen Bedeutung in ein Schuldanerkenntnis verwandeln lässt. Ob ich sage: ich bekenne dir 100 schuldig zu

[1]) Zu den ersten, die sich dieser Lehre, wenigstens im Resultat, anschlossen, gehörte Windscheid (Pand. § 412[a]) mit seiner Lehre vom Nichtbestreitungsvertrage. Er nimmt als Inhalt des Anerkennungsvertrages den Willen an, sich der prozessualischen Behauptung des als bestehend Anerkannten zu unterwerfen d. h. diese Behauptung weder bestreiten, noch sie als prozessualisch unzulässig zurückweisen zu wollen. Windscheid stimmt mithin im Resultat mit Bähr überein, nur ist bei ihm die Construktion eine andere. Während Bähr auf das materielle Recht einwirkt, während er sagt, die Partei will schuldig sein, will sich verpflichten, sucht Windscheid dasselbe Ziel auf dem Umwege der Einwirkung auf das prozessuale Verfahren zu erreichen. Uns scheint der Weg, den Bähr einschlägt, der kürzeste und daher der beste zu sein, der auch den Absichten der Parteien am meisten gerecht wird. Die Ansicht Windscheids wird von Lenel in Iherings Jahrbüchern XIX. S. 154 ff. vertreten.

sein, oder ob ich sage: ich verspreche dir 100 zu zahlen, ist gleichgiltig.

Ob nun der Vertrag die Angabe der causa speziell oder im allgemeinen enthält, oder ob er seine causa gar nicht erwähnt, ist nebensächlich: die verpflichtende, vom Beweis des Schuldursprungs losgelöste Kraft liegt ausschliesslich im Verpflichtungswillen: der Wille der Parteien allein entscheidet, ob eine von ihrem materiellen Grunde losgelöste Verbindlichkeit entstehen soll, oder nicht. Ebenso sagt Planck:[1] „Die Trennung der neu zu begründenden Verbindlichkeit von dem Rechtsgrunde kann auch äusserlich eine vollständige sein in der Weise, dass das Schuldversprechen schlechthin gegeben und ein Rechtsgrund nicht erwähnt wird.

Häufig wird aber bei der Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens in dem Schuldscheine der wirkliche . . . . Rechtsgrund ganz allgemein angegeben. Denkbar ist endlich auch, dass das den Rechtsgrund abgebende Verhältnis genauer dargelegt und daran ein abstraktes Schuldversprechen geknüpft wird. Damit ein abstraktes Versprechen angenommen werden kann, ist . . die Feststellung genügend, dass die Parteien vertragsmässig eine abstrakte Verpflichtung haben begründen wollen. Ob dies zutrifft, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden.“[2]

---

1) Commentar: zu § 780.

2) Engelmann (a. a. O. S. 215) meint, wenn die Partei auf den Verpflichtungsgrund Bezug nehme, so müsse angenommen werden, dass das Versprechen von diesem Grunde abhängen solle. Findet diese Annahme in dem Wortlaut der §§ 780—782 keine Stütze, so scheint uns sogar das Gegenteil und die Richtigkeit

§ 7.

Nun sieht die gemeinrechtliche Lehre in der Vereinbarung unseres Themas ein abstraktes Anerkenntnis der bestehenden Schuld.[1] Die Darlehnskausa ist nach ihr eine fictive und nur die äussere Erscheinung die eines Darlehns."[2] „Der Darlehnsschein ist in diesen Fällen nichts anderes als eine stipulatio debiti, ein abstractes Schuldversprechen, welches von dem einfachsten

---

unserer Ansicht, dass so ohne weiteres von einer solchen Annahme nicht die Rede sein kann, aus einem Vergleich der heutigen Fassung der beiden Paragraphen mit dem Entwurf I hervorzugehen. Dort hiess es im § 683: „Ist in einem von dem Gläubiger angenommenen Versprechen einer Leistung oder in einem von dem Gläubiger angenommenen Anerkenntnisse, zu einer Leistung verpflichtet zu sein, ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben oder nur im allgemeinen bezeichnet, so ist das Versprechen oder Anerkenntnis nur dann gültig, wenn es in schriftlicher Form erteilt wird." Das weckte den Anschein, als ob die vollständige Angabe des Verpflichtungsgrundes das Schuldversprechen oder Anerkenntnis von seinem materiellen Grunde abhängig mache. Um nun auch diesen Anschein zu meiden, spricht § 780 von der Gültigkeit eines Vertrages, durch den die Leistung in der Weise versprochen wird, dass „das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll." Die Umänderung des § 683 des Entwurfs I in diesen Wortlaut schliesst jeden Zweifel an die Unrichtigkeit einer Annahme aus, dass aus der Angabe der causa die Abhängigkeit des Schuldversprechens von dem ihm zu Grunde liegenden causalen Rechtsgeschäfte zu schliessen sei. (ebenso Cosack BGB Bd. I § 162; Dernburg BGB II S. 198 ff; Collatz in Ihering Bd. XXXX S. 127 ff.

[1]) v. Salpius: a. a. O. S. 323 ff. Hruza: Nov. S. 88 ff; Bähr: Anerkennung § 62[a]; Windscheid: Pand. § 354 Anm. 2; Salkowsky: Nov. S. 60 ff; Unger: in Grünhut XV. S. 554 ff; Witte: in kr. Viert. Schr. VIII S. 45; v. Schey: S. 85/86.

[2]) v. Schey: S. 86.

analoge Wirkungen erzeugenden materiellen Rechtsgeschäfte nur den Namen erborgt."[1]

Die Bezeichnung der Schuld als Darlehn eignet sich ganz besonders zur Vermittelung ihrer Lostrennung aus dem ursprünglichen Zusammenhange, hat doch „das Darlehn zu allen Zeiten die Tendenz gehabt, sich zur abstrakten Formalobligation umzubilden.[2]" Deshalb meint Dernburg[3] mit Recht, dass auch dadurch sich die Absicht der Schaffung einer abstrakten Verbindlichkeit offenbaren kann, „dass ein Schuldschein als über ein Darlehn lautet, während ein Darlehn nicht gegeben ist."

Die gemeinrechtliche Praxis ist der wissenschaftlichen Begründung gefolgt und hat oft[4] und nachdrücklich den Grundsatz vertreten von der Umwandlung einer Schuld in eine abstrakte Verbindlichkeit in der Weise, dass die Parteien den Fortbestand der Schuld als Darlehn verabreden.

So führt das Urteil des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 27. November 1876 (Seufferts Archiv XXXIII Nr. 222) folgender Massen aus: „Wenn demnach ein Schuldner bekennt, von einem Gläubiger ein bares Darlehn in einem gewissen Betrage erhalten zu haben, so schliesst dieses Bekenntnis einen anderen Entstehungsgrund der Schuld, eine andere Zuwendung

---

[1]) Bähr: S. 210.

[2]) v. Salpius: a. a. O. S. 327.

[3]) Preuss. Privatrecht Bd. II § 15.

[4]) ausser den im Text angegebenen: Seuff. Archiv. IV Nr. 149; VIII Nr. 17; XVI Nr. 255; XVII Nr. 236; XVIII Nr. 223; XXI Nr. 120 und XXVIII Nr. 126.

des Geldes als jene der baren Hingabe nicht aus, es ist vielmehr einem solchen niedergelegten Bekenntnisse nur die Bedeutung des Anerkenntnisses einer nach den Regeln des Darlehnsvertrages zu bemessenden Schuldverbindlichkeit beizulegen. In dem heutigen Verkehrsleben bildet die Ausstellung eines Darlehnsscheines, ähnlich dem Wechsel, sogar eine sehr gewöhnliche Form des Anerkenntnisses einer aus anderen Gründen als auf einer darlehnsweise geschehenen Hingabe baren Geldes bestehenden Schuld."

Und weiter heisst es in einem Erkenntnis aus dem Jahre 1877 (Seuff. Archiv XXXIII Nro 8):

„Mit der Unterzeichnung einer Urkunde, welche das Bekenntnis des Empfangs einer bestimmten Darlehnssumme enthält, vollzieht sich ein Dispositionsact, welcher es als rechtlich irrelevant erscheinen lässt, ob die als empfangen bezeichnete Summe bar bezahlt oder verrechnet worden ist."

Auch wir sind der Meinung, dass die Parteien durch eine Verabredung im Sinne unseres Themas, eine alte Schuld auf eine neue, selbständige, vom Verpflichtungsgrunde unabhängige Basis stellen können, und dass die Parteien deshalb die neue Schuld als Darlehnsschuld bezeichnen, weil keine materielle Schuld sich so sehr der abstrakten Verbindlichkeit nähert, wie gerade das Darlehn.

Unsere Ansicht stimmt demnach mit der gemeinrechtlichen Lehre vollkommen überein, ebenso wie das BGB, wie wir gesehen haben, ihr nicht widerspricht.

Wenn nun aber Bähr[1] und Hruza[2] der Meinung sind, dass die Vereinbarung stets und unter allen Umständen eine abstrakte Schuld hervorbringe und hervorbringen müsse, „weil niemals eine bestehende Schuld in ein wirkliches Darlehn verwandelt werden" könne, so brauchen wir nur auf die Ausführungen im ersten Teil unserer Arbeit hinzuweisen, um die Widerlegung dieser Ansicht zu erbringen. Möglich ist die Entstehung eines wahren Darlehns, möglich auch eine abstrakte Verbindlichkeit. Welche von beiden Möglichkeiten im concreten Falle vorliegt, ist Tatfrage. Jedoch geht auch unsere Ansicht dahin, dass in der Regel ein abstrakter Schuldvertrag als vorliegend erachtet werden muss, denn einer creditbedürftigen, ein Darlehn suchenden Partei kann es wenig nützen, wenn sie statt baren Geldes nur Umwandlung bisheriger Schulden in Darlehnsschulden vom Gläubiger erlangt. Die Fälle werden gewiss selten sein. Um so häufiger wird aber dem Gläubiger daran liegen, dass der Schuldner eine aus vielen Einzelposten bestehende Schuld anerkennt, um der steten Aufzählung der einzelnen Posten enthoben zu sein und durch blosse Hinweisung auf das Anerkenntnis seine Forderung geltend machen zu können. Nach dieser Richtung entschied ja auch, wie die herangezogenen Urteile beweisen, die gemeinrechtliche Praxis und das BGB neigt ebenfalls zu unserer Ansicht, wurde doch bei der Erörterung über das Schuldanerkenntnis das Darlehn als die am meisten übliche Form des

---

[1]) a. a. O. S. 210.
[2]) a. a. O. S. 89.

abstrakten Schuldverhältnisses, welches den Verpflichtungsgrund nicht unerwähnt lasse, bezeichnet.[1]

Die neue Litteratur statuiert durchweg[2] nur die Möglichkeit eines abstrakten Schuldvertrages, ohne sich näher zu entscheiden, ob sie die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit für die Regel hält. Unserer Meinung scheint Cosack beizupflichten, wenn er sagt, dass die Parteien „eine verwickelte Geldschuld, die aus Kauf, Vermächtnis u. s. w. entspringt, als Darlehnsschuld anzuerkennen pflegen".[3] Auch Klemperer[4] schliesst sich unserer Ansicht mit den Worten an: „Dem Darlehnsnehmer wird mit einer Berichtigung des Darlehns durch Verrechnung mit der schon bestehenden Schuld in der Regel wenig genützt sein, möglich aber ist, dass der übereinstimmende Wille der Parteien ernstlich darauf gerichtet ist, dass der Schuldner das Darlehn in dieser Weise ganz oder zum Teil ausbezahlt erhalten soll."

Soll nun ein constitutives Anerkenntnis vorliegen, so versteht sich von selbst, dass es den Anforderungen entsprechen muss, die das Gesetz in Bezug auf Wille, Erklärung, Inhalt und Form an ein Rechtsgeschäft, speziell an einen Vertrag überhaupt stellt. Vor allem muss es aber auch dem Erfordernis der einseitigen Schriftlichkeit entsprechen, welches das Gesetz für ein abstraktes Schuldversprechen, respective Schuld-

---

1) Protokolle Bd. V S. 2586.

2) Dernburg: BGB II § 234; Planck: Commentar II: zu § 607[2]; Crome: franz. Civilrecht II § 303 Anm. 5[a].

3) BGB II § 183.

4) in Gruchot Bd. 43.

anerkenntnis in den §§ 780, 781 aufstellt mit Berücksichtigung der in § 782 und im HGB normierten Ausnahmen, nämlich wenn das Anerkenntnis das Residuum eines Vergleichs oder einer Abrechnung ist (BGB § 782), oder wenn die Partei, die das Anerkenntnis abgibt, ein Kaufmann im Sinne der §§ 1 und 2 HGB mit Ausschluss der im § 4 HGB genannten Personen ist.

b.

Das Verhältnis der neuen Verbindlichkeit zur alten Schuld.

Wir haben die Frage nach der Natur unserer Vereinbarung dahin beantwortet, dass sowohl ein Darlehn mit fingierter Hin- und Rückgabe, als auch ein abstrakter Schuldvertrag vorliegen kann, dass aber in der Mehrzahl ein abstrakter Vertrag vorliegen wird.

Doch harrt noch eine wichtige Frage unserer Entscheidung: Wie stellt sich die neue Verbindlichkeit zur alten Schuld? Liegt hier Novation vor?

Um das zu erkennen, müssen wir kurz auf das Wesen und die Voraussetzungen einer Novation eingehen.

§. 8.

Unter Novation versteht man die Tilgung einer Schuld durch die Begründung einer neuen: „Novatio

est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur."[1]

Bei den Römern konnte anfangs sowohl durch Litteralcontract, als auch durch Stipulation noviert werden; im justinianeischen Recht jedoch bildete die Stipulation die einzige Möglichkeit zu novieren, weshalb die Römer den Namen „Novation" sowohl für die novierende Stipulation selbst, als auch für die durch sie herbeigeführte Wirkung gebrauchten.

Wie aus der Definition Ulpians hervorgeht, kommen bei der Novation 2 Obligationen in Frage: die bestehende prior und die zu begründende posterior obligatio. Die Begründung der neuen Obligation muss die Aufhebung der alten enthalten, also Tilgung und Gründung in einem Akt vor sich gehen; denn sagt Römer (S. 4) richtig: „würde die alte Obligation durch Vertrag aufgehoben und dann durch einen zweiten Vertrag eine neue Obligation, genau auf dieselbe Leistung gerichtet, begründet, sei es auch, dass factisch und zeitlich beide Akte zusammenfielen, so wäre ja in dem Momente, in welchem die neue Obligation entsteht, die Verbindlichkeit zu der Leistung, welche bisher bestand, gar nicht mehr vorhanden, es könnte also nicht die bisher geschuldete Leistung als solche, als eine schon bisher und jetzt noch geschuldete, Gegenstand einer neuen Obligation werden."

---

[1]) l. 1. pr. D. 46, 2.

In Wahrheit besteht das Wesen der Novation nicht in dem zufälligen und äusseren Eintreten der einen Verbindlichkeit an die Stelle der anderen, sondern in dem Übergehen des Stoffs der alten Verbindlichkeit in die neue.

Die gegenseitige Abhängigkeit beider Obligationen geht so weit, dass die Tilgung der alten Schuld nur eintreten kann, wenn wirklich die neue zur Entstehung gelangt.

Weiterhin erfordert die Novation die Identität beider Obligationen: „Die Identität des Objects beider Obligationen ist die fundamentale Voraussetzung einer Novation.“[1] Diese Identität enthält sowohl die Gleichheit des wirtschaftlichen Substrats, als auch die Gleichheit der causa. So sagt auch Liebe:[2] „res oder Gegenstand der Verbindlichkeit ist nicht die Sache an sich, sondern die Sache mit der ihr nach dem Vertrage zukommenden Eigenschaft als einer gerade aus diesem Vertrage geschuldeten.“

Wir haben demnach als Erfordernisse einer Novation festgestellt:

1. eine bestehende gültige Obligation.
2. eine neue, ebenfalls gültige Obligation.
3. die Einheit des Tilgungs- und Begründungsaktes und die damit zusammenhängende Identität der alten und neuen Obligation.

Dazu muss nun noch der animus novandi hinzutreten, d. h. die auf Aufhebung des alten Schuld-

---

1) v. Salpius: a. a. O. S. 161.

2) a. a. O. S. 150.

verhältnisses durch die Begründung eines neuen gerichtete Absicht der Parteien.

Fehlt es an dieser Absicht, so tritt die neue neben die alte Schuld zwecks grösserer Sicherheit für den Gläubiger, dem nunmehr der Schuldner aus der alten und neuen Obligation zugleich haftet, jedoch so, dass die Befriedigung aus der einen Obligation zugleich die Befriedigung aus der andern enthält.

Für das gemeine Recht hat man die Existenz der Novation mit dem Hinweis geleugnet, dass die Stipulation — die Form der Novation im justinianeischen Recht — in das gemeine Recht nicht übergegangen sei. So glaubt Gneist[1] aus seiner Anschauungsweise über die formellen Verträge schliessen zu müssen, „dass im heutigen Recht die Novation im römischen Sinne nicht mehr vorkommen“ könne. Das Charakteristische der Formalverträge besteht nämlich nach ihm in der Fiktion der causa. (S. 226) Solche Fiktionen — so meint er — seien aber unserm Rechtsbewusstsein fremd (eod). Mithin müsse das zweite Versprechen ein und dieselbe causa wie die frühere Obligation haben und davon gelte der Satz: Qui bis idem stipulatur, is eo iure amplius quam semel non tenetur“ (fr. 18. de V. O.).

Keller[2] lässt die Novation nur für die Verträge zu, die auch im gemeinen Recht noch einer Form bedürfen. Ebenso muss nach Liebe[3] das novierende Geschäft ein Formalgeschäft sein. Er lässt die Frage, ob heute noch eine Novation vorkommen könne, abhängen von der

---

[1]) Die formellen Verträge S. 225 ff.

[2]) Keller: Pand. 2. Aufl. I S. 594.

[3]) Liebe: a. a. O. S. 338.

Frage, ob man heutzutage Formalacte kennt, die keinen eigenen Rechtsstoff erzeugen und nicht aus materiellen Gründen Geltung haben.

Ihnen schliesst sich auch Baron[1] an, der ebenfalls die Novation „weil ihre Wirkung auf ihrer Natur als Formalcontract beruht“ auf die Verträge beschränkt, die, wie der Wechselvertrag, Formalcontracte sind.

Wie bereits erwähnt, lautet hier überall die Deduktion: Weil zum Wesen der Novation der Formalcontract gehört, ist mit seinem Verschwinden auch die Novation aus dem Recht verschwunden. Vorbedingung für diese Folgerung also ist, dass auch wirklich zum Wesen der Novation ein Formalcontract gehört.

Das ist nach unserer Ansicht nicht der Fall.

Im römischen Recht versagte der Satz: „nudum pactum obligationem non parit“ einem einfachen Versprechen mit verschwindenden Ausnahmen Rechtsgültigkeit. Andererseits besteht aber das Wesen der Novation gerade in der Abgabe eines Schuldversprechens, das den Grund seiner Verbindlichkeit in sich selbst tragen will. Mithin konnte das Versprechen Klagbarkeit nur durch Anlehnung an eine causa civilis erlangen. Da „res“ nicht in Frage kam, blieben nur noch litterae und verba. Die litterae kamen als causae civiles ausser Gebrauch: es blieb also nur noch der Verbalcontract, die Stipulation.

Mit dem gewohnheitsmässigen Klagbarwerden aller Verträge wurde für die Novation eine Anlehnung an eine causa civilis entbehrlich. Das Erfordernis des

---

1) Baron: Gesamtrechtsverh. S. 384.

Formalcontracts war weggefallen: der Novationsvertrag ist ein einfacher Vertrag geworden. So bemerkt auch Römer,[1] die Form der Novation sei die Stipulation gewesen, weil diese überhaupt die regelmässige Form des abstrakten Vertrages im römischen Recht sei. An sich erfordere die Novation lediglich eine Form, welche den Inhalt selbst nicht affiziere, eine Geschäftsform, welche eben bloss Form und durchaus für die Aufnahme eines jeden obligatorischen Inhalts geeignet sei, weshalb denn auch im heutigen Recht der formlose Vertrag als taugliches Mittel für die Novation erscheine.

Damit ist die Weiterexistenz der Novation dargetan. Es kann heutzutage durch formlosen Vertrag noviert werden. In diesem Ergebnis stimmen wir mit der herrschenden gemeinrechtlichen Wissenschaft[2] wie Praxis[3] überein.

Die practische Bedeutung der Novation ist im heutigen Recht bei weitem nicht mehr dieselbe wie im römischen Recht, wo die Obligation angesehen wurde als ein enges iuris vinculum, das unlöslich Gläubiger und Schuldner umschlang. Zur passiven und aktiven Singularsuccession in das Schuldverhältnis d. h. Eintritt eines neuen Schuldners oder Gläubigers, die heute

---

[1]) die bed. Nov. S. 5 ff. u. S. 343.

[2]) die dissentierenden Schrittsteller sind bereits S. 44 u. 45 genannt. In früheren Auflagen vertrat auch Förster-Eccius (preuss. Privatrecht) den Standpunkt der heutigen Unmöglichkeit des Novationsvertrages. Unserer Ansicht sind: v. Salpius § 77; Windscheid § 354; Witte in kr. V. J. Schr. VI S. 40, 42; Römer S. 4 ff.

[3]) Seuff Arch. XXI, 119, 120; XXVIII, 126 u. XXXII, 220.

durch Schuldübernahme oder Cession vor sich gehen, bedurften die Römer der Novation, da die alte Schuld getilgt werden musste. Die Schuldübernahme konnte nur durch Novation geschehen, während sich allerdings für den Gläubigerwechsel im Lauf der späteren Kaiserzeit ein Ersatz entwickelte. Diesen Ersatz nannten die Römer zwar auch Cession, aber die Ersatzfunktion zeigt sich recht in dem Umstande, dass dem „in rem suam procurator" nicht die dem ursprünglichen Gläubiger zustehende actio gegeben wurde, sondern nur eine actio utilis, eine neue, der alten actio nachgebildete Klage.

Weil nun die Bedeutung der Novation keine grosse mehr ist, so hat auch das BGB sie nicht als selbständiges Rechtsinstitut übernommen. Nach § 364 Abs. 2 geschieht die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Zweifel erfüllungshalber, nicht aber an erfüllungsstatt; es bleibt mithin die alte Obligation bestehen.

Damit ist jedoch durchaus nicht die Existenz der Novation negiert. Infolge der Vertragsfreiheit steht es vielmehr den Parteien frei, eine neue Verbindlichkeit als Erfüllung der alten zu übernehmen, so dass also die alte erlöschen und die neue an ihre Stelle treten soll. Jedoch muss dieser Wille im Vertrage zum Ausdruck gebracht werden.

§ 9.

Betreffs der Vereinbarung unseres Themas wird von Engelmann[1] behauptet, die bestehende Schuld

[1]) BGB: § 107.

könne durch Novation in eine Darlehnschuld verwandelt werden. Auch Endemann[1] knüpft an diese Umwandlung die Bemerkung: „der Vorgang ist als Novation zu denken“ und merkwürdigerweise selbst Dernburg[2] meint: „Allerdings kann auch beabsichtigt sein, an die Stelle der alten Schuld eine Darlehnsschuld zu setzen, also eine Novation eintreten zu lassen.“

Unsere Ansicht geht dahin, dass eine Novation ausgeschlossen ist, wenn durch unsere Vereinbarung ein wirkliches Darlehn begründet werden soll. Es ergibt sich dies aus dem Wesen der Novation, die sowohl Einheit des Tilgungs- und Begründungsactes, als auch Identität beider Obligationen verlangt. Mit beiden Erfordernissen ist aber die Umwandlung in ein materielles Darlehn nicht in Einklang zu bringen. Aus unserer Fiktion der Zahlung der alten Schuld und der darauf erfolgenden Hingabe derselben Summe als Darlehn ergibt sich, dass die Umwandlung in 2 verschiedenen Akten vor sich geht.

Mangelt es so an der Einheit des Tilgungs- und Begründungsaktes, so verträgt sich auch das Princip der Identität beider Obligationen nicht mit unserer Verwandlung der Schuld in ein materielles Darlehn, wie aus folgender Darlegung hervorgeht:

Die Novation bezweckt die Tilgung des debiti durch Übernahme desselben in eine neue Obligation. Das Debitum bleibt also ganz dasselbe und deshalb muss auch die causa, durch welche das debitum in

---

[1]) BGB: § 134 Nro. 6.

[2]) Dernburg: BGB II S. 206.

der früheren Obligation unabänderlich seine Charakteristik empfangen hat, in der neuen Obligation dieselbe sein. Durch Verwandlung des alten, ex causa emti geschuldeten debiti in ein Darlehn würde aber die causa eine andere, denn das Darlehn hat ja bereits eine causa debendi. Ebenso wie mithin die Novation einer Kauf- in eine Mietschuld unmöglich ist, enthält auch der Vertrag, wonach der Schuldner eine bestehende Schuld künftighin als Darlehn zu schulden verspricht, keine Novation, falls die Parteien durch diese Verabredung die Schuld in eine wirkliche Darlehnsschuld verwandeln wollen.

In diesem Resultat stimmen wir, wenn wir von den bereits angeführten[1] abweichenden Ansichten absehen, mit der Wissenschaft überein.[2] So sagt Bähr:[3] „In dem gedachten Falle (Auszahlung eines Darlehns durch eine Vereinbarung im Sinne unseres Themas) sagt man gewöhnlich: die bestehende Schuld sei durch Novation in ein Darlehn verwandelt. Diese Ausdrucksweise ist eine unwahre, da niemals eine bestehende Schuld in eine andere materielle Schuld verwandelt werden kann, das Darlehn aber unzweifelhaft zu den materiellen Verträgen gehört."

---

[1]) oben S. 47/48 unserer Arbeit.

[2]) Salkowsky: S. 71/72; Witte: in kritische Vierteljahrsschrift S. 41 und 45; Liebe: S. 338; Bähr: Anerkennung S. 207 und in Ihering II S. 245; Windscheid: § 354 Anm. 2; Fischer-Henle: Com. zu § 607 Abs. 2; Dernburg: preuss. Privatr. II. S. 148.

[3]) Anerkennung S. 210.

Hier leugnet Bähr also mit dem vollständigen Leugnen der Umwandlung auch die Umwandlung durch Novation. Er ergänzt später seine Worte, indem er ausführt: „Es kann wohl ein materieller Vertrag durch mutuus dissensus aufgehoben und gleichzeitig statt dessen ein anderer materieller Vertrag, der zufällig dasselbe Object hat, eingegangen werden. Das ist aber keine Novation . . . . . Nur das abstrakte Wollen ist fähig, die an einen bestimmten Rechtsgrund geknüpfte Obligation abzulösen. Ich kann dem Rechtsgrunde einer Obligation als Bedingung für deren prozessuale Geltendmachung entsagen; ich kann aber nicht willkürlich einen anderen an dessen Stelle setzen."[1]

Haben nun die Parteien kein Darlehn, sondern die Entstehung einer abstrakten Schuldverbindlichkeit beabsichtigt, so kann unzweifelhaft eine Novation vorliegen. Darin stimmen Wissenschaft und Praxis mit uns überein. So fasst von Schey[2] diese Möglichkeit ins Auge und kommt zu folgendem Resultat: Die Absicht der Parteien kann dahin gehen, die alte Schuld aufzuheben und eine neue zu schaffen, ohne dass diese die Darlehnskausa ernstlich in sich aufnimmt, sondern die neue wird lediglich zum Zwecke der Tilgung der alten begründet, „eine echte Novation". Gleich ihm meint auch Dernburg,[3] dass „ein Schuldschein, welcher abstrahierend von der ursprünglichen causa, als über ein Darlehn ausgestellt wird, der Novationsabsicht

---

[1]) In Ihering II S. 245.

[2]) v. Schey: Das Darlehn.

[3]) preuss. Privatr. § 63.

Ausdruck geben“ könne. In gleichem Sinne äussert sich Windscheid.[1]

Aus den Urteilen der Praxis führen wir nur das des O. A. G. Celle vom 28. October 1862 an, in welchem es heisst: „Die Frage, ob eine sogenannte Abrechnung allein genügt, um eine Klage auf das Resultat derselben zu begründen, erscheint dadurch bedingt, dass der endliche Zweck einer derartigen Verhandlung darauf gerichtet gewesen ist, an die Stelle der ursprünglichen Schuldverhältnisse eine neue Obligation treten zu lassen. Ein solcher Zweck würde alsdann ausser Zweifel gestellt werden, wenn die Verwandlung der durch die Abrechnung constatierten Schuld in ein Darlehn erwiesen werden sollte.“[2]

Nnn braucht aber nicht unbedingt eine Novation vorzuliegen, wenn die Parteien eine abstrakte Schuld begründen wollen. Vielmehr kann der Vorgang auch in der Weise gedacht werden, dass die neue, abstrakte Obligation neben die alte materielle treten soll. Es ist unmöglich, dass der Schuldner dieselbe Leistung ex deposito und ex mutuo schuldet, wohl aber kann die ex deposito geschuldete Leistung dem Gläubiger nochmals in verpflichtender Absicht vom Schuldner versprochen werden, so dass er nunmehr dem Gläubiger zur Rückstellung der in Verwahr gegebenen Sachen aus dem materiellen Depositum und aus der Anerkennung obligiert ist. Konnte doch auch in Rom nicht

---

1) a. a. O. § 354 Anm. 2.

2) andere Beispiele siehe Seufferts Archiv IV. 149; XIII, 17; XVI, 255; XVII, 236; XVIII, 223.

nur novatorisch, sondern auch accessorisch stipuliert werden.

Es fragt sich bloss, wann das abstrakte Versprechen novatorisch und wann accessorisch wirken soll. Die Frage war bereits in Rom brennend. Es hing dort von der Absicht der Beteiligten ab, ob die spätere Stipulation die frühere mit gleichem Inhalt novieren, oder ob sie neben die alte treten sollte. Vor Justinian hatte sich eine Art von Rechtspraxis herausgebildet, die in einer grossen Zahl von Fällen aus besonderen Umständen das Vorhandensein des Novationswillens oder umgekehrt dessen Nichtvorhandensein präsummierte. Justinian bestimmt in l. 8 C. de nov. et del. hierüber . . . . .

„Et generaliter definimus voluntate solum esse non lege novandum : et si non verbis exprimatur, ut sine novatione causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire."

Die Stelle hat eine verschiedene Auslegung gefunden. Während man auf der einen Seite[1] aus dem Ausdruck „expressis verbis" das Erfordernis herleitet, das Wort Novation müsse in der Urkunde enthalten sein, geht doch die herrschende Ansicht[1] dahin, dass jeder beliebige Ausdruck durch welchen auf die novatorische Absicht geschlossen werden kann, zur Novation genüge, dass also nur die Vermutung zu Gunsten der Novation beseitigt sein, andererseits aber auch keine Vermutung gegen Novation geschaffen werden sollte,

---

[1]) Litteratur siehe v. Salpius: S. 266/67.

die doch in dem Erfordernis des Ausdrucks „novatio“ liegen würde. Auf diese Codexstelle bezieht sich auch ausdrücklich § 3 I. 3, 29, wo es heisst:

„ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin et manere pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio.“

Auch das BGB hat zu dieser Frage Stellung genommen, indem es im § 364[2] bestimmt:

„Uebernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt.“

Damit geht es also über Justinian hinaus: Es bringt die Vermutung gegen Novation klar zum Ausdruck und entscheidet also unsere Frage, ob im Zweifel accessorische oder novatorische Wirkung, zu Gunsten der Accessorietät.

Das Ergebnis unserer Erörterung über die Natur der Vereinbarung, dass aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden solle, ist also folgendes:

Es ist im konkreten Falle zu sehen, ob ein wirkliches, materielles Darlehn oder die Anerkennung der bisherigen Schuld von den Parteien gewollt sein wird. In der Regel ist in der Vereinbarung ein abstraktes,

accessorisches Anerkenntnis oder Versprechen zu erblicken.

B.

Die Wirkungen

der Vereinbarung sind natürlich verschieden, jenachdem ein materielles Darlehn oder ein abstraktes Schuldversprechen als im konkreten Falle vorliegend erachtet werden muss.

§ 10.

Zur Substanziierung einer Klage aus einem Darlehnsvertrage gehört der Beweis der Hingabe, denn nur wer als Darlehn empfangen hat, kann zur Rückgabe verpflichtet sein. In unserem Falle stützt sich die Hingabe auf die Tilgung der alten Schuld. Die bisherige Schuld gilt als bezahlt. Mithin hat der Gläubiger die Vermutung ihres Bestandes für sich. Er braucht folglich nicht mehr zur Begründung der Klage ihre Existenz darzutun, vielmehr ist es Sache des Schuldners, den Beweis zu erbringen, dass eine Schuld, die umgewandelt werden konnte, nicht bestanden hat. Ebenso sagt Salpius: „Wer sich auf ein Darlehn mit fingierter Numeration stützt, braucht nicht auf den rechtlichen Bestand der dazu verwandten Schuld zurückzugehen, sondern hat nur die conventio zu erweisen, ut crediti nomine eam pecuniam retineas.“[1]

---

[1]) v. Salpius: S. 503. Ebenso Salkowsky: S. 72. Bähr: in Ihering II S. 538; Dernburg: BGB II, 234.

Bei der Annahme, die Vereinbarung habe die materielle Natur eines Darlehnsvertrages, ist die Zahlung der alten Schuld anzunehmen. Wie nun jede Zahlung einer Nichtschuld zurückgefordert werden kann, so vermag auch in unserem Falle der Schuldner die Erfüllung der alten Schuld nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung rückgängig zu machen. Hierzu bedarf es von Seiten des Schuldners des Nachweises, dass der Gläubiger durch die Zahlung, als deren unmittelbare Folge sich die Übernahme der Darlehnsverpflichtung darstellt, ohne rechtlichen Grund bereichert ist. Zu diesem Zwecke hatte er nach gemeinem Recht nicht allein den Nichtbestand der alten Schuld darzutun, sondern auch den Beweis dafür zu erbringen, dass er die Vereinbarung aus entschuldbarem Irrtum eingegangen sei. Das BGB erleichtert dem Schuldner die Zurückforderung, denn es verlangt nicht mehr den Nachweis entschuldbaren Irrtums, ihm genügt vielmehr jeder Irrtum und dieser wird sogar vermutet. Demnach liegt nach heutigem Recht dem Schuldner nur der Nachweis vom Nichtbestehen der alten Schuld ob, oder auch der Nachweis, dass ihrer Geltendmachung eine Einrede dauernd entgegenstand.[1]

Diesem Beweise kann der Gläubiger dadurch begegnen, dass er dartut, der Schuldner habe bei der Zahlung, also im Augenblick der Vereinbarung, von dem Nichtbestand der Verpflichtung gewusst, oder es entspräche die Leistung der Erfüllung einer sittlichen Pflicht, oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht.[2]

---

[1]) BGB § 812; 313; Planck: Commentar S. 529.
[2]) BGB. § 814.

Aus der Fiktion der Zahlung folgt weiterhin die Unzulässigkeit der condictio indebiti promissi; daher kann die Rückforderung des Geldes nicht auf den Einwand gestützt werden, die zu Grunde liegende Schuld sei eine Verbindlichkeit aus Spiel, Wette, Differenzgeschäften, oder aus einer Heiratsvermittelung kurz, es handele sich um eine nicht klagbare Verpflichtung. Diese Verbindlichkeiten sind eben zahlbar und mithin kann mit der allein zulässigen condictio indebiti soluti nichts ausgerichtet werden. Das Gleiche gilt für das Schenkungsversprechen. Durch die Zahlung wird der Mangel der Form geheilt[1]. Die Zahlung ist gültig und mithin auch die condictio indebiti promissi ausgeschlossen.[2]

Aus demselben Grunde ist auch die condictio unzulässig, wenn die alte Schuld verjährt war; denn § 222

---

[1]) BGB § 518 Abs. 2.

[2]) Diese Folgerung erscheint auf den ersten Augenblick bedenklicher, als sie in Wirklichkeit ist. Wird doch practisch nur in den seltensten Ausnahmefällen gerade wenn über ein Schenkungsversprechen ein Darlehnsschein ausgestellt wird, ein materielles Darlehn anzunehmen sein. Ein solcher Fall wäre z. B. folgender:

A hat versprochen dem B 100 zu schenken. Das Versprechen ist bereits vor etlicher Zeit gegeben, A aber augenblicklich in misslichen Vermögensverhältnissen, so dass er die 100 nicht gern entbehrt. Andererseits glaubt er sich aber doch dem B gegenüber zu baldiger Zahlung verpflichtet. Um nun dem B einen festen Anspruch auf die 100 zu geben, bittet er ihn, die 100 ihm als Darlehn zu belassen und übergibt ihm über diese Summe einen Darlehnsschein. Hier ist unzweifelhaft der ernstliche Wille auf die Begründung eines materiellen Darlehns gerichtet und der Darlehnsschein ist gültig.

Sonst aber wird stets ein Anerkenntnis anzunehmen sein,

BGB bestimmt, dass das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, selbst wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt wurde.

Liegen nun aber die Voraussetzungen für die condictis indebiti vor, so kann der Schuldner der Darlehnsklage des Gläubigers gegenüber auch die Erfüllung der Leistung jederzeit verweigern.[1]

Dass der Schuldner gegebenenfalls die Vereinbarung wegen Irrtums, Zwangs, arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach den §§ 119—124 BGB anfechten kann, bedarf nur der Erwähnung.

Aus unserer Fiktion der Hin- und Rückgabe folgt weiterhin der Untergang der für die alte Schuld bestehenden Bürgschaften und Pfänder. Dieser Untergang steht allerdings nicht der Vereinbarung im Wege, die Pfänder und Bürgen auch für die neue Schuld eintreten zu lassen. Natürlich nicht mehr stillschweigend zum alten Range, vielmehr gilt hier die neue Vereinbarung.

Mit den Privilegien gehen auch die Nachteile der alten Schuld unter: der Schuldner kann gegen die neue Verbindlichkeit nicht mehr die Einwendungen geltend machen, die ihm gegen die ursprüngliche Verpflichtung zustanden.

---

denn es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein Schenkungsversprechen, das doch wohl ebenso klar und in seinen Folgerungen ebenso einfach ist, wie das Darlehn, in ein solches umgewandelt werden sollte, es sei denn, dass eine Umgehung der in § 518 BGB vorgeschriebenen Form beabsichtigt ist. In solchen Fällen hilft aber § 117 BGB vollständig aus.

[1]) § 821 BGB.

Die Verjährungsfrist für die neue Schuld beträgt 30 Jahre. Dabei ist allerdings wohl zu beachten, dass durch Vertrag eine Erleichterung der Verjährung insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist nach § 225 BGB zulässig ist.

Eine besondere Form der Vereinbarung wird für den Fall, dass sie ein materielles Darlehn begründen soll, nicht verlangt.

§ 11.

Ist nun im konkreten Falle in der Vereinbarung ein abstraktes Versprechen zu erblicken, so ergibt sich auch hier aus der Angabe der Darlehnskausa, dass die Parteien ihre Verbindlichkeiten unter die Darlehnsgrundsätze stellen wollen; demnach sind vor allem ausser den im § 608 enthaltenen Fälligkeitsterminen die Kündigungsfristen des § 609 innezuhalten, wonach, wenn die Parteien eine andere Vereinbarung nicht getroffen haben, für verzinsliche Darlehen von über 300 Mark eine Kündigungsfrist von 3 Monaten und für Darlehn bis zu 300 Mark eine einmonatliche Kündigungsfrist gilt. Dagegen kann ein unverzinsliches Darlehn vom Darlehnsempfänger ohne weitere Kündigungsfrist jederzeit zurückgegeben werden.

Im übrigen richten sich die Wirkungen nach den Regeln der abstrakten Verträge, also nach den §§ 680-682 BGB.

Die Loslösung der Verbindlichkeit von ihrem materiellen Rechtsgrunde hat für den Gläubiger den

Vorteil, dass er bei der Geltendmachung seines Anspruchs von der Verpflichtung befreit ist, auf das ursprüngliche Schuldverhältnis zurückzugreifen und die materielle causa darzulegen.[1] Es genügt zur Substanzierung der Klage der Beweis der Vereinbarung durch Vorlegung des Darlehnsscheins und die Darlegung, dass das Versprechen vom Gläubiger angenommen ist.[2]

Sodann hat er auch auf Bestreiten des Schuldners den Beweis zu erbringen, dass der Darlehnsschein weder gefälscht noch verfälscht ist.

Besteht die Schuld, die der Schuldner durch die Vereinbarung anerkannt hat, in Wirklichkeit nicht, so kann er das Versprechen resp. Anerkenntnis zurückfordern, weil es nach § 812 Abs. 2 ebenfalls als Leistung anzusehen ist.

Die Anforderungen für die Rückforderung sind die gleichen wie bei jeder Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Es gilt also in dieser Beziehung das bereits früher Gesagte. Ebenso wie wir uns auf das früher Gesagte beziehen können betreffs der Anfechtung wegen Irrtums, Zwangs u. s. w. Auch die Verjährungsfrist ist die gewöhnliche, selbst wenn für die zu Grunde liegende Forderung eine kürzere Verjährungsfrist bestand.[3]

Was nun die klaglosen Verbindlichkeiten angeht,

---

1) BGB §§ 780, 781.
2) Planck: Commentar zu § 780.
3) ebenso Bähr in Ihering II S. 343; Planck: zu § 780.

so haben die Gesetzgeber im § 762 Abs. 2 speciell bestimmt, dass eine Spiel- und Wettschuld nicht dadurch klagbar wird, dass der Schuldner ihren Bestand anerkennt. Was nun aber für Spiel und Wette gilt, das ist auf Differenzgeschäfte und auf den Ehemaklerlohn durch die §§ 764 und 656 übertragen. Das gilt für das accessorische Versprechen bezw. Anerkenntnis wie für die Novation. Es zeigt sich hier also eine praktische Folge des Unterschieds der Novation von der Leistung an Erfüllungsstatt. Der Unterschied ergiebt sich bereits aus der Erwägung, dass bei der Novation der Gläubiger im letzten Resultat doch die von Anfang an geschuldete Leistung erhalten soll, während das Wesen der Leistung an Erfüllungsstatt gerade darin besteht, dass der Gläubiger zur endgültigen Befriedigung eine andere als die wirklich geschuldete Leistung erhält, die an und für sich nicht als Erfüllung gelten kann und nur dadurch als Erfüllung angesehen wird, dass der Gläubiger sie vorbehaltlos in Kenntnis des Mangels annimmt.[1]

Bezüglich der Form haben wir oben[2] das Erfordernis der Schriftlichkeit festgestellt.

Treffen diese Regeln beim novatorischen wie accessorischen Anerkenntnisse gleichmässig zu, so sind die übrigen Wirkungen naturgemäss verschieden, weil ja beim novatorischen Anerkenntnisse die alte mate-

---

[1]) ebenso Dernburg: P. § 59 Anm. 3; Unger in Grünhut XV S. 557 Nro. 9; Witte: in K. V. Sch. B. VI S. 40; Windscheid: P. § 353 Nro. 2.

[2]) S. 20 der Arbeit.

rielle Schuld untergeht, während beim accessorischen Anerkenntnisse die neue abstrakte Schuld neben die alte tritt. Der Gläubiger kann also nunmehr aus dem Darlehnsscheine und aus der ursprünglichen Verbindlichkeit klagen. Zieht er die Klage aus dem ursprünglichen Verhältnisse vor, so kann er, falls der Schuldner seine Verpflichtung bestreitet, auf das Anerkenntnis verweisen und kraft dessen Verurteilung des Schuldners begehren, da die Einrede der Rechtshängigkeit nicht wirksam gegen ihn geltend gemacht werden kann, wenn er zunächst aus dem einen Schuldgrunde geklagt hat und nachher aus dem anderen Klage erhebt.

Weil beim accessorischen Anerkenntnis die alte Schuld bestehen bleibt, haften auch Pfänder und Bürgschaften weiter, während sie beim novatorischen Anerkenntnis mit der Forderung erlöschen, ebenso wie alle anderen Privilegien, aber auch alle Nachteile der alten Forderung.

Betreffs der Vereinbarung, die Accessionen auch für die neue Schuld haften zu lassen, gilt das früher Gesagte.